

# VU Research Portal

## Geen 'harde knip' tussen bestemmings- en verdelingsschaarste?

van Ommeren, FJ

### ***published in***

Bestuursrecht in het echt  
2021

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, FJ. (2021). Geen 'harde knip' tussen bestemmings- en verdelingsschaarste? De andere kant van de schaarse publieke rechten. In L. W. Verboeket, J. E. van den Brink, A. Drahmann, M. J. Jacobs, & R. Ortlep (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (pp. 163-175). Wolters Kluwer.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Bestuursrecht in het echt

*Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*

Onder redactie van:  
L.W. Verboeket  
J.E. van den Brink  
A. Drahmann  
M.J. Jacobs  
R. Ortlep

F.J. van Ommeren<sup>1</sup>

## II | **Geen ‘harde knip’ tussen bestemmings- en verdelingsschaarste?**

*De andere kant van de schaarse publieke rechten*

### 1. Bestuursrecht in het echt

#### 1.1 Gedeelde belangstelling

Omdat het toen nog vrij onbekende onderwerp van de verdeling van schaarse vergunningen – nadat ik in 2004 mijn oratie had uitgesproken<sup>2</sup> – niet als vanzelf zijn weg vond in rechtspraktijk en -wetenschap, wilde ik het graag breder op de wetenschappelijke kaart zetten. Ik keek daarom uit naar een collega om dat samen mee te doen. Ik was dan ook blij toen Willemien den Ouden, mede vanwege haar uitgesproken belangstelling voor schaarse subsidies, voorstelde om samen dit pad op te gaan. Het zal weinigen verwonderen: Willemien bleek een fantastische ‘concullega’, zoals dat in de schaarse-rechten-wereld zou heten.<sup>3</sup>

Het is nu alweer ruim 10 jaar geleden dat Jaap van Rijn van Alkemade bij Willemien was begonnen aan een proefschrift op het terrein van de schaarse publieke rechten en Johan Wolswinkel bij mij eveneens werkte aan een proefschrift op dit terrein.<sup>4</sup> Gezamenlijk organiseerden wij aan de VU twee nationale expertmeetings over deze thematiek, resulterend in een mooie bundel.<sup>5</sup> Vervolgens organiseerden wij – de rol van Jaap was inmiddels overgenomen door Paul Adriaanse (die van de VU naar Leiden was overgestapt) – een internationale ex-

<sup>1</sup> Frank van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).

<sup>2</sup> F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004.

<sup>3</sup> Vgl. M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega’s, bij de verdeling van subsidies in een tender-procedure’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 203-233.

<sup>4</sup> Met mooie resultaten, zie: C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013 en J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, diss. Leiden, Den Haag Bju: 2016.

<sup>5</sup> Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011.

pertmeeting in Leiden, die eveneens is uitgemond in een prachtige bundel.<sup>6</sup> Het oogmerk was bij te dragen aan de meer algemene en systematische juridische bestudering van de aard, functie en verdeling van schaarse publieke rechten. Kortom, het oogmerk was de ontwikkeling van een algemeen leerstuk, om niet te zeggen: een theorie.<sup>7</sup>

Willemien houdt van bestuursrecht in het echt – het thema van deze bundel – en niet van louter theoretische exercities. Dat geldt ook voor mij. Het recht moet wel ergens over gaan. Maar hoe doe je dat? Zonder beoordelingskader valt over de echte bestuurspraktijk weinig zinnigs te zeggen. Met deze bijdrage beoog ik dan ook een stapje verder te zetten in de ontwikkeling van die theorie over schaarse publieke rechten.

## 1.2 Ook bestemmingsschaarste?

Nu schaarse publieke rechten een vertrouwd verschijnsel in het echte bestuursrecht zijn geworden, blijkt steeds duidelijker dat er nog veel meer schaarste is die voor het bestuursrecht relevant is. Dat aspect van de verdeling van schaars-te heeft tot nu toe veel minder de aandacht gehad. Dit soort schaarste wil ik daarom hier meer in de schijnwerpers zetten. Om er iets gemakkelijker over te kunnen schrijven, verklap ik nu vast, voordat ik de term verder toelicht, dat wij in het kader van de hiervoor genoemde samenwerking dat soort schaarste als ‘bestemmingsschaarste’ hebben aangeduid. Uiteraard bezig ik die term ook in deze bijdrage.

Uit de bestuursrechtspraak volgt, kort gezegd, dat bij schaarse publieke rechten het bestuursorgaan mededingingsruimte dient te bieden aan potentiële gegadigden, zodat zij een gelijke kans hebben om het schaarse recht te verwerven. Hiervoor moet het bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid

---

<sup>6</sup>P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Antwerpen / Cambridge: Intersentia 2016 en ibidem, *Scarcity and the State II. Member State Reports on the Allocation of Gambling Licences, Radio Frequencies and CO2 Emission Permits*, Antwerpen / Cambridge: Intersentia 2016.

<sup>7</sup>F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk’, in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 17-41; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, Schaarse publieke rechten, wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben, *NJB* 2011/1470, p. 1858-1866 en P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel, ‘The Allocation of Limited Rights by the Administration: A Quest for a General Legal Theory’, in: Adriaanse, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2016, p. 3-25. Zie ook: J. Wolswinkel, F. van Ommeren & W. den Ouden, ‘Limited Authorisations Between EU and Domestic Law: Comparative Remarks from Dutch Law’, *European Public Law* 2019/4, p. 559-586.

verzekeren. Bovendien dient de looptijd van het schaarse recht niet onbepaald te zijn.<sup>8</sup>

In deze bijdrage wil ik aandacht besteden aan de vraag wanneer dit normenkader wel of niet moet worden toegepast. Daarvoor is het vooral van belang zo precies mogelijk vast te stellen welke publieke rechten als schaars moeten worden bestempeld. Wat is daarvoor de betekenis van bestemmingsschaarste en in hoeverre is bestemmingsschaarste (scherp) te scheiden van verdelingsschaarste? De rechtspraak geeft aanleiding daarvoor het omgevingsrecht als input te gebruiken. Ik zal in het bijzonder ingaan op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak met de daarvoor genomen conclusie van de staatsraad advocaat-generaal over Windpark Zeewolde.<sup>9</sup>

## 2. De ‘harde knip’ tussen bestemmings- en verdelingsschaarste

### 2.1 Bestuursrecht is verdelingsrecht

In het bestuursrecht zit vrijwel overal schaarste. Er is in onze samenleving nu eenmaal een relatief tekort aan veel fysieke, sociale en economische voorzieningen; voorzieningen waarop het bestuursrecht betrekking heeft. Dat is dan ook de reden dat ik elders de stelling heb betrokken dat het bestuursrecht in de kern verdelingsrecht is.<sup>10</sup> Het bestuursrecht vervult naast de (normerende) ordenings-, handhavings- en rechtsbeschermingsfunctie vooral een verdelingsfunctie.<sup>11</sup> Het bestuursrecht onderscheidt zich daarmee traditioneel van het privaatrecht dat veel minder – volgens sommigen zelfs in principe niet – op (her)

<sup>8</sup>De standaarduitspraak is ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Waarover m.n. C.J. Wolswinkel, ‘Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen’, *JBplus* 2017, p. 3-26, A. Drahmman, ‘Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?’ *Gst.* 2017/55, p. 294-297 en F.J. van Ommeren, ‘Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, (Jaap Polak-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 191-208.

<sup>9</sup>ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

<sup>10</sup>F.J. van Ommeren, ‘Bestuursrecht is verdelingsrecht. Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht’, in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 97-107.

<sup>11</sup>Evenzo: C.J. Wolswinkel, ‘Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht. Naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht?’ in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 805-814.

verdeling betrekking heeft.<sup>12</sup> Dat wil echter niet zeggen dat de verdelende functie in het bestuursrecht steeds gerealiseerd wordt door middel van de verdeling van schaarse publieke rechten.

De schaarste wordt in het bestuursrecht niet steeds gezien en onderkend. Zij moet op belangrijke delen nog voor het voetlicht worden gebracht. Vertrouwde bestuursrechtelijke verschijnselen komen daardoor opnieuw in de schijnwerpers te staan, maar dan vanuit een andere invalshoek. Zo verschilt het per bijzonder rechtsgebied in hoeverre de schaarste aan concrete publieke rechten en de wedijver daarnaar bij de belangenafwegingen een rol (mogen) spelen. Anders dan bijvoorbeeld in het telecommunicatierecht is dat in het ruimtelijk ordeningsrecht (nog) niet het geval. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het waterrecht, belangrijke delen van het milieurecht en het onderwijsrecht. Voor al deze terreinen zijn echter in de literatuur verkenningen verricht om te bezien of en in hoeverre deze invalshoek zinvol zou zijn.<sup>13</sup> Zou het toeval zijn dat deze gebieden zich veel-  
eer kenmerken door bestemmingsschaarste dan verdelingsschaarste?

## 2.2 Het begrip 'schaarse publieke rechten'

Het inzicht dat het bestuursrecht in den brede op de verdeling van schaarste betrekking heeft, maakt het echter wel lastig om goed aan te geven welke publieke rechten wel of niet als schaars moeten worden bestempeld. Daarom heb ik destijds een scherpe keuze gemaakt. Ik heb bewust gekozen voor een zo eenvoudige mogelijke definitie van het begrip 'schaarse vergunning'. Het voordeel van die benadering was dat in elk geval de harde kern, namelijk die van de schaarse vergunningen, zoveel mogelijk kon worden uitgelicht. De keerzijde was dat er ook heel wat verdeling van schaarste in het bestuursrecht buiten beschouwing bleef, hetgeen overigens niet wegneemt dat ik ook daarvoor wel om enige aandacht heb gevraagd.<sup>14</sup>

<sup>12</sup>Maar zie W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 150 e.v. en p. 169 e.v. die sterke argumenten aandraagt waarom ook het privaatrecht betrekking heeft op (her)verdeling.

<sup>13</sup>Zie J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, 'Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 115-132; H.F.M.W. van Rijswijk, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 133-158, J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Het milieurecht en de verdeling van schaarse publieke rechten', *NJB* 2011, p. 2850-2856, ook opgenomen in Van Rijn van Alkemade 2016, p. 121-132 en R. van Schoonhoven, 'De bekostiging van scholen. De verdeling van een schaars recht', *NJB* 2019/1855, p. 2188-2195.

<sup>14</sup>Van Ommeren 2004, p. 70, 71.

Schaarse vergunningen zijn te omschrijven als vergunningen waarvoor meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen.<sup>15</sup> Gaat het niet alleen om vergunningen maar ook om subsidies, dan spreken we meestal van schaarse publieke rechten. Indien een aanvrager meerdere rechten kan verwerven, is uiteraard niet het aantal aanvragers, maar het aantal aanvragen van belang. Er is dus sprake van schaarse publieke rechten als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft.

Uit deze begripsomschrijving van het begrip 'schaarse publieke rechten' volgt meteen een tweede kenmerk: het totaalaantal beschikbare rechten moet niet onbeperkt zijn. Er moet sprake zijn van een maximum, oftewel een plafond. Zonder dit maximum aan te verlenen publieke rechten kan er geen sprake zijn van schaarste *in de hier bedoelde zin*. Die laatste woorden moeten niet over het hoofd worden gezien. Want natuurlijk kan de schaarste wel elders zitten.

Het is bij schaarse publieke rechten van belang te onderscheiden tussen daadwerkelijke en potentiële schaarste. Bij daadwerkelijke schaarste (ook wel: reële schaarste) is de som van de omvang van de aanvragen daadwerkelijk groter dan het aantal beschikbare publieke rechten. Bij potentiële schaarste (ook wel: hypothetische schaarste) is er een plafond dat maakt dat de som van de omvang van de aanvragen mogelijk groter is dan het aantal beschikbare rechten.<sup>16</sup> Om van een schaarse vergunning te spreken is het voor de Afdeling bestuursrechtspraak voldoende dat er voor het aantal te verlenen vergunningen een plafond bestaat.<sup>17</sup> De Afdeling spreekt dus reeds van een schaarse vergunning als er sprake is van potentiële schaarste. Daardoor is het beginsel van gelijke kansen ook van toepassing op schaarse rechten die mogelijk (nog) niet daadwerkelijk schaars zijn, maar dat wel kunnen worden. Dat lijkt mij terecht: uit het beginsel van gelijke kansen vloeit, juist vanwege die door het plafond veroorzaakte mogelijke schaars-te, de rechtsnorm voort dat het bestuursorgaan mededingingsruimte dient te bieden.<sup>18</sup> De mededingingsruimte is nodig om te kunnen bepalen of en in hoeverre de potentiële schaarste daadwerkelijke schaarste met zich brengt. Door de mededingingsruimte krijgen *potentiële* gegadigden de kans om mee te dingen

<sup>15</sup> M.n. Van Ommeren 2004, p. 2; Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 17, 19; Wolswinkel 2013, p. 36, p. 368-373, A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2015, p. 36, Van Rijn van Alkemade 2016, p. 1, 3 en J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, diss. Leiden, Den Haag: Bju 2017, p. 190.

<sup>16</sup> C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 180, 181 en Wolswinkel 2013, p. 36, 37.

<sup>17</sup> ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (Ligplaatsvergunning Rederij Lovers).

<sup>18</sup> F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 255, 256.

en kan blijken of het publieke recht daadwerkelijk schaars is. Een andere consequentie is dat ook potentieel schaarse vergunningen in beginsel slechts voor bepaalde tijd mogen worden verleend. Verder voorkomt deze rechtspraak dat de bestuursrechter in een concreet geval bij voorbaat in lastige (bewijsrechtelijke) discussies verzeild raakt of er daadwerkelijk meer gegadigden dan beschikbare vergunningen zijn.

### 2.3 De ‘harde knip’

Schaarste wordt in het bestuursrecht op verschillende plaatsen gereguleerd. Dat kan zijn gebeurd op het niveau van de regelstelling, maar dat kan ook gebeuren op het niveau van de beschikking. In wezen heb ik destijds een ‘harde knip’ aangebracht tussen de regulering van de schaarste op het niveau van de algemene regels en de regulering van schaarste door middel van een stelsel van beschikkingen, zoals schaarse vergunningen of schaarse subsidies. Die ‘harde knip’ was aantrekkelijk omdat daarmee goed inzichtelijk kon worden gemaakt dat het bij schaarse publieke rechten vooral gaat om een systeem met een maximum waarin er meer aanvragen dan beschikbare publieke rechten kunnen zijn. Het lag op dat moment in de rede om vooral voor dat soort schaarste de aandacht te vragen. In het mechanisme van vraag en aanbod komt het verschijnsel van de schaarste verdeling immers het scherpst aan het licht. Maar dat neemt niet weg dat schaarste ook op andere manieren kan worden verdeeld. Wanneer de schaarste reeds gereguleerd is in de regelstelling komen we lang niet altijd aan het spel van vraag en aanbod op het niveau van de beschikking toe.

Die ‘harde knip’ zal waarschijnlijk voor bestuursrechtjuristen heel natuurlijk aanvoelen. Hij sluit aan bij een onderscheid waarmee we in het bestuursrecht meer dan vertrouwd zijn. De Awb maakt immers een scherp onderscheid tussen verschillende soorten besluiten. We kunnen onderscheiden tussen algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en enige andere besluiten van algemene strekking enerzijds en beschikkingen anderzijds. De schaarste kan op allerlei niveaus geregeld zijn. Bij schaarse publieke rechten gaat het om beschikkingen, zoals vergunningen en subsidies, waaraan een plafond is gesteld. Andere vormen van de regulering van schaarste vallen daarbuiten.

In 2004 gaf ik – om het verschil met echte schaarse vergunningen te verduidelijken – enige voorbeelden van vergunningen die niet schaars zijn in de hier bedoelde zin, omdat zij niet in aantal gemaximeerd zijn. In dat verband noemde ik expliciet de bouwvergunning, tegenwoordig de omgevingsvergunning voor het bouwen. Zij is geen schaarse vergunning omdat er, uitzonderingen daargelaten, geen plafond geldt. Iedereen die aan de (kwalitatieve) eisen voldoet komt voor een vergunning in aanmerking. Er is in die zin geen concurrentie of mededinging om de vergunning. Maar dat neemt niet weg dat er wel sprake is van regulering van schaarste, namelijk van schaarse ruimte. De schaarste wordt bij deze vergunning gereguleerd op het niveau van het planologische besluit, zoals



het bestemmingsplan. De verlening van de vergunning wordt immers getoetst aan de vigerende regels. Bij de toetsing van de omgevingsvergunning voor het bouwen aan het bestemmingsplan werkt de in dat plan gemaakte verdeling van de schaarste aldus door.<sup>19</sup> Zou die doorwerking de reden zijn dat nu juist over de omgevingsvergunning voor het bouwen in de rechtspraak inmiddels de vraag is gerezen of en in hoeverre deze vergunning (toch) als een schaarse vergunning moet worden aangemerkt?

#### 2.4 Bestemmingsschaarste en verdelingsschaarste

Op die andere kant van de 'harde knip' heeft of had de literatuur over schaarse publieke rechten nauwelijks betrekking. Dat is ook logisch, want het vernieuwende zat nu net primair in de vraag- en aanbodkant op beschikkingenniveau. Dat wil echter niet zeggen dat het onmogelijk is iets te zeggen over de schaarste op regulerings- of planningsniveau.

In onze, samen met Wolswinkel geschreven, inleiding op de bundel over schaarse publieke rechten zijn we dan ook verder gegaan. We hebben toen twee etiketten geplakt, één op het soort schaarste waar het bij schaarse vergunningen en andere beschikkingen waarbij schaarse publieke rechten worden toegekend primair om gaat – te weten 'verdelingsschaarste' – en één op het soort schaarste waar het op regulerings- of planningsniveau primair om gaat – aangeduid als 'bestemmingsschaarste'.<sup>20</sup> Dat is een onderscheid waarmee Willemien dus goed vertrouwd is. De terminologie is ontleend aan het telecommunicatierecht,<sup>21</sup> maar kan heel goed ook op andere deelterreinen worden gebruikt.

Er is sprake van *bestemmingsschaarste* als een bepaald goed of bepaalde hulpbron<sup>22</sup> – bijv. grond, water, frequentieruimte of geld – voor meerdere toepassingen kan worden bestemd. Vrijwel elk goed kan voor meerdere bestemmingen worden gebruikt, maar omdat de omvang of hoeveelheid van het goed begrensd of beperkt is, en het gebruik voor het één het gebruik voor het ander uitsluit – met andere woorden: het gebruik is exclusief –, ontstaat er schaarste en zullen er keuzen in de bestemming moeten worden gemaakt. Die keuzen – de uiteindelijke

<sup>19</sup> Van Ommeren 2004, p. 2 en p. 70, 71.

<sup>20</sup> Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 25, 26. Zie ook Wolswinkel 2019, p. 811, 812.

<sup>21</sup> Nota Frequentiebeleid 2005, p. 14, 18 (bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 24 095, nr. 188) en Nota Frequentiebeleid 2016, p. 22, 23 (bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 24 095, nr. 409).

<sup>22</sup> Zie voor deze term art. 12 van de Dienstenrichtlijn, waarover m.n.: C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en Kanspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009/120, p. 287-299 en M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, diss. VU, Den Haag: BJu 2015, p. 293-302.

bestemmingen – worden veelal vastgelegd in een plan: bijvoorbeeld in een bestemmingsplan, waterplan, frequentieplan of begroting.

Maar daarmee zijn we er nog niet. Schaarre publieke rechten hebben betrekking op verdelingsschaarste. *Verdelingsschaarste* houdt in dat er – al dan niet vanwege een bepaalde bestemming – meer gegadigden zijn dan beschikbare rechten. Verdelingsschaarste veronderstelt een bepaald plafond of maximum. Nadat een bepaald deel van het hiervoor al genoemde goed – bijv. grond, water, frequentieruimte of geld – is bestemd voor een bepaalde toepassing of activiteit, kan binnen die bestemming het aantal beschikbare rechten tot gebruik van het goed vooraf worden beperkt door er een plafond voor vast te stellen. Als gevolg daarvan kan de vraag het aanbod overtreffen, waardoor er sprake is van verdelingsschaarste. Anders dan voor bestemmingsschaarste moet voor verdelingsschaarste steeds een keuze worden gemaakt tussen bepaalde (individuele) gegadigden.

Verdelingsschaarste kan voortvloeien uit bestemmingsschaarste, maar dat is niet noodzakelijk. Verdelingsschaarste kan ook om politieke of bestuurlijke redenen worden gecreëerd. Zo worden kansspelvergunningen niet beperkt omdat er een bepaald bestemmingstekort is, maar om gokverslaving tegen te gaan en de consument te beschermen tegen illegaliteit en criminaliteit. Ook om andere redenen dan schaarste in de bestemming kan er dus sprake zijn van verdelings-schaarste.

Het soort schaarste waar het bij schaarre publieke rechten om gaat, is derhalve de verdelingsschaarste, maar dat betekent niet dat de bestemmingsschaarste, als deze zich voordoet, geheel uit het oog moet worden verloren. Met andere woorden, er is wel een conceptuele *knip* tussen bestemmingsschaarste en verdelingsschaarste, maar die knip hoeft niet zo ‘hard’ te worden gemaakt dat de beide soorten schaarste ook voor hun normering per se geheel los van elkaar moeten worden beschouwd. Sterker nog, het is juist belangrijk om de wisselwerking tussen die twee in ogenschouw te nemen en te bekijken hoe ze elkaar beïnvloeden. Beschikkingen houden nu eenmaal nauw verband met de regels waarop ze berusten. Er is dan ook in veel gevallen sprake van een zekere wisselwerking tussen de schaarste op beschikkingsniveau en op regulerings- of planningsniveau. Dat leidt wel tot de vraag of en in hoeverre de hiervoor betrokken stelling dat de omgevingsvergunning voor het bouwen geen schaarre vergunning is, nog steeds kan worden volgehouden.

### 3. Schaarre rechten in het omgevingsrecht

#### 3.1 Windpark Zeewolde

Dat de ‘harde knip’ tussen bestemmings- en verdelingsschaarste tot lastige vragen kan leiden, kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de casus van het Windpark Zeewolde, die aanleiding gaf tot de tweede conclusie van de staats-

raad advocaat-generaal (hierna: A-G) over schaarse publieke rechten.<sup>23</sup> Wat was het geval? Het rijksinpassingsplan (RIP) ‘Windpark Zeewolde’ voorziet in de oprichting van 91 nieuwe windturbines en sanering van 221 bestaande windturbines. De omgevingsvergunning voor het bouwen, oprichten en in werking hebben van het windpark is verleend aan Windpark Zeewolde B.V. De voor ons relevante beroepsgrond houdt kort gezegd in dat de overheid door het vereiste te stellen dat het windpark door één initiatiefnemer wordt uitgevoerd, een schaars recht heeft gecreëerd. Dat schaarse recht is aan Windpark Zeewolde B.V. verleend, zonder dat aan andere (potentiële) gegadigden de mogelijkheid is geboden om daarnaar mee te dingen. Een aantal appellanten is van mening dat daardoor in strijd met het aan het gelijkheidsbeginsel ontleende ‘beginsel van gelijke kansen’ is gehandeld.<sup>24</sup>

De kernvraag, die ook aan de A-G is voorgelegd, is of en in hoeverre planologische besluiten (plannen en omgevingsvergunningen voor afwijken van plannen) en omgevingsvergunningen ter uitvoering van planologische besluiten als besluiten moeten worden aangemerkt waarbij schaarse rechten worden toegeëld. Voor zover zij als schaarse publieke rechten moeten worden aangemerkt, rijst de vervolgvraag wat dit precies betekent voor de wijze van verdelen van deze rechten en voor hun geldigheidsduur.

### 3.2 De conclusie

In het licht van de ‘harde knip’ laat het antwoord van de A-G zich raden. Hij komt tot de conclusie dat algemene planologische besluiten, zoals onder meer een RIP, het gebruik van gronden weliswaar territoriaal of kwantitatief bindend kunnen beperken, maar zelf geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. Hetzelfde geldt volgens de A-G doorgaans voor omgevingsvergunningen: ook die delen in de regel geen schaars recht toe, zij het dat daarop uitzonderingen mogelijk zijn. De reden dat omgevingsvergunningen in de regel geen schaarse publieke rechten toedelen, is dat zij alleen kunnen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken en er voor een vergunning dus meestal niet meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen. Ook de aan Windpark Zeewolde B.V. verleende omgevingsvergunning is om die reden geen besluit dat een schaars recht toedeelt.

Dat neemt niet weg dat de A-G, in wat hij “bijzondere situaties” noemt, ruimte voor uitzonderingen ziet, waardoor een omgevingsvergunning wel een besluit kan zijn dat een schaars recht toedeelt. In die gevallen is er (zonder meer)

<sup>23</sup> ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolsinkel.

<sup>24</sup> Zie ook r.o. 17.

sprake van verdelingsschaarste, maar die situaties doen zich in deze zaak niet voor.<sup>25</sup>

De A-G gebruikt voor de vraag of er sprake is van schaarse publieke rechten de betrekkelijk eenvoudige omschrijving die reeds in de vorige paragraaf aan de orde kwam: er is sprake van een schaarse vergunning als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare vergunningen overtreft. Dat is hier niet het geval, omdat men alleen een omgevingsvergunning kan aanvragen als men over de grond beschikt: men moet eigenaar zijn of een ander zakelijke recht hebben om over de grond te beschikken. Met andere woorden: niet de omgevingsvergunning is schaars, maar de locatie.

Eerder was dit ook al in de literatuur betoogd, en wel in een bijdrage waarmee Willemien zeer bekend is en die ook door de A-G met instemming wordt aangehaald. In de bundel 'Schaarse publieke rechten' betogen Struiksma en Dieperink dat het ruimtelijke ordeningsrecht (nog) geen schaarse rechten kent. Dat neemt niet weg, dat er in de ruimtelijke ordening schaarste wordt verdeeld. Immers, zo betogen zij, door middel van het voeren van ruimtelijk-ordeningsbeleid wordt bepaald welk gebruik van de grond, met uitsluiting van ander gebruik, is toegestaan.<sup>26</sup> Hoewel er een beperkte hoeveelheid bouwgrond is, zijn bouwvergunningen (nu: omgevingsvergunningen) thans niet schaars. Het object van de bouwvergunning is het daarop te realiseren bouwwerk, en niet de bouwgrond. Als iemand eenmaal bouwgrond heeft verworven, zo vervolgen zij, is het aantal gegadigden voor een vergunning op die plek in het algemeen gereduceerd tot één, namelijk tot de grondeigenaar of een andere partij die met toestemming van de eigenaar wil bouwen.<sup>27</sup> Ook deze auteurs maken in wezen de 'harde knip' tussen enerzijds de verdeling van schaarste in algemene regels, plannen of in het beleid (bestemmingsschaarste) en anderzijds de schaarse publieke rechten, waarvoor er per definitie meer aanvragers dan beschikbare vergunningen moeten zijn (verdelingsschaarste).

Toch heeft de uitkomst van de conclusie iets onbevredigends: er is hier immers wel degelijk sprake van de verdeling van schaarste. Waarom zouden derden niet de kans moeten hebben gehad om daarnaar mee te dingen? De appellanten beroepen zich niet voor niets op het beginsel van gelijke kansen. Kardinaal punt is dat de verdeling van de schaarste eigenlijk al op een ander moment heeft plaatsgevonden: niet bij de verlening van de omgevingsvergunning, maar bij de verdeling van de grondlocaties.

---

<sup>25</sup> Zie over dit soort situaties m.n.: A. Drahmman, 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht', *BR* 2012/161, p. 857-869, ook opgenomen in Drahmman 2015, p. 233-260 en A. Drahmman, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156, p. 1050-1060.

<sup>26</sup> Struiksma & Dieperink 2011, p. 115.

<sup>27</sup> Struiksma & Dieperink 2011, p. 121.

### 3.3 De tegenconclusie

Mede met het oog op de toekomst – in de woorden van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in zijn verzoek om een conclusie: “mede ten behoeve van de rechtsontwikkeling” – was ook een andere benadering denkbaar geweest. Willemien en ik hebben samen met Johan Wolswinkel, zoals gezegd, op meerdere plaatsen betoogd dat het wenselijk is dat er een algemene, coherente theorie komt voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Voor het bewerkstellingen van zo’n algemene theorie ligt het niet voor de hand om ieder bijzonder deelgebied van het bestuursrecht los van de andere te beschouwen. Dat zou namelijk niet veel opleveren en dan zou ook iedere keer voor elk deelgebied apart het wiel moeten worden uitgevonden. Het is daarom veel aantrekkelijker te kijken wat de deelgebieden gemeenschappelijk hebben, daaraan algemene (verdelings)normen te ontleen, en slechts die uitzonderingen toe te staan die nauw samenhangen met de bijzondere aard van het deelgebied. Het valt te betwijfelen of die benadering in de casus van het Windpark Zeewolde tot dezelfde gevolgtrekkingen had moeten leiden.

Want is het omgevingsrecht wel zo afwijkend? Had het niet veel meer voor de hand gelegen om ook anderen de kans te geven mee te dingen naar de omgevingsvergunning voor het Windpark Zeewolde? Wolswinkel heeft naar aanleiding van de conclusie van de A-G een ‘tegenconclusie’ geschreven.<sup>28</sup> Hij betoogt dat het omgevingsrecht minder bijzonder is dan wel eens wordt verondersteld, zeker ook vanuit het perspectief van het Unierecht.

Wolswinkel kijkt niet alleen door de bril van de verdelingsschaarste maar ook door die van de bestemmingsschaarste en neemt ook de wisselwerking daartussen in ogenschouw. Hij hekelt de in zijn ogen te fragmentarische, incomplete typologie van schaarse rechten in het omgevingsrecht van de A-G. Hij is, anders dan de A-G, van mening dat de vaststelling van een bestemmingsplan en andere planologische besluiten kan neerkomen op een beperking van mededingingsruimte voor schaarse rechten. Dat is zijns inziens het geval indien reeds door deze vaststelling het aantal locaties, waar een bepaalde activiteit wordt verricht, wordt beperkt. Dat is volgens hem niet alleen het geval indien het bestemmingsplan een maximum stelt aan het aantal te verlenen omgevingsvergunningen (hetgeen vrij uitzonderlijk is, maar wel voorkomt), maar juist óók als het bestemmingsplan zelf bepaalde functies slechts tot een bepaald maximum voorstaat. Vooral op dit laatste punt verschilt Wolswinkel van mening met de A-G. Omdat

---

<sup>28</sup> C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling’, *TO* 2018, nr. 3, p. 109-121. Zie over deze conclusie ook: J.C. van Oosten & A. Drahmman, ‘De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlandse bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijke besluiten’, *JBplus* 2018/3, p. 19-41.

aan het einde van het verdelingstraject de uitkomst hetzelfde is, zou zijns inziens – ongeacht welke constructie is gekozen: directe verdeling in het bestemmingsplan of indirecte verdeling door middel van schaarse omgevingsvergunningen – de verdeling niet aan van elkaar verschillende toepasselijke normen onderworpen mogen zijn. Dat valt immers zo bezien niet te rechtvaardigen. Erkend zou zijns inziens moeten worden dat in beide gevallen sprake is van de toekenning van schaarse rechten.

### 3.4 De uitspraak

Over de uiteindelijke uitspraak kan ik kort zijn, want die leverde voor het hiervoor genoemde verschil in inzicht weinig op. De reden daarvoor is de plaats waar het plafond is vastgelegd. Het vereiste dat het windpark door één initiatiefnemer wordt uitgevoerd, staat niet in het RIP maar in het Regioplan. Het Regioplan is een provinciale en gemeentelijke structuurvisie als bedoeld in de Wro. Nu in het RIP niet is bepaald dat één initiatiefnemer het plan uitvoert, ziet de Afdeling, anders dan A-G, in deze procedure geen ruimte voor beoordeling van de vraag of het uitgangspunt van één initiatiefnemer mocht worden gehanteerd. De Afdeling overweegt dat, omdat het Regioplan geen deel uitmaakt van het toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor het bouwen, aan het Regioplan en het daarin neergelegde uitgangspunt van één initiatiefnemer in dit kader evenmin betekenis toekomt. Nu er geen schaarste zoals bedoeld door appellanten is gecreëerd bij het RIP, kan van toedeling van een schaars recht in evenbedoelde zin bij de omgevingsvergunning ook geen sprake zijn, aldus de Afdeling. Die overwegingen vormen na de conclusie van de A-G en de reactie daarop in de literatuur nogal een anticlimax.

Dat neemt niet weg dat er voor de verdeling van schaarse publieke rechten toch wel een lichtpuntje aan deze uitspraak is te ontleen. De Afdeling concludeert dat het RIP geen schaarste creëert:

“anders dan de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond (...) beperkt is tot de daartoe bestemde locatie.”

Omdat de beroepsgronden over het beginsel van gelijke kansen niet op de verdeling van *die* schaarste zien, gaat de uitspraak daarop verder niet in. De Afdeling overweegt voorts uitdrukkelijk dat de omgevingsvergunning in casu geen schaars recht toedeelt “in evenbedoelde zin”. Met deze woorden onderkent ook de Afdeling uitdrukkelijk dat er meer soorten schaarste zijn. Hiervoor zijn die soorten uitgedrukt met de termen ‘bestemmingsschaarste’ en ‘verdelings-schaarste’. De woorden van de Afdeling bieden de ruimte voor een rechtsontwikkeling waarin meer wordt gedifferentieerd tussen verschillende soorten schaarste en het verband daartussen. Het is vooralsnog afwachten wat daarmee in de praktijk gaat gebeuren.

#### 4. Slot: een goede ruimtelijke ordening én een optimale verdeling van schaarste?

Het ruimtelijke ordeningsrecht is primair gericht op een goede ruimtelijke ordening en niet op de vraag aan wie een schaars recht moet worden toebedeeld. Met andere woorden, in het ruimtelijke ordeningsrecht gaat het over het 'wat' en het 'waar' en niet over het 'wie'. Het is vaste rechtspraak dat concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang vormen. Mededingingsaspecten spelen evenmin een rol bij de beoordeling van bestemmingen en planregels waarbij een bepaald gebruik wordt toegestaan, ook niet wanneer dat plan zelf aan een maximum is gebonden of dat op grond van een andere regeling aan een maximum is gebonden.<sup>29</sup> Het ruimtelijke ordeningsrecht is daarmee gebaseerd op een ander fundament dan dat van de schaarse publieke rechten.

Toch geeft, zoals hiervoor bleek, de recente jurisprudentie over schaarse publieke rechten aanleiding om daar anders tegenaan te gaan kijken. De normen van een goede ruimtelijke ordening en gelijke kansen behoeven elkaar niet per se uit te sluiten. Het ruimtelijke ordeningsrecht en het denken in termen van bestemmings- en verdelingsschaarste zouden meer met elkaar kunnen worden geïntegreerd. Dat is zeker niet onmogelijk. Maar het vergt natuurlijk wel wat van de (plan)wetgever, die daarop nu niet is ingesteld. Dan zou ook bij de totstandkoming van bestemmingsplannen en andere planologische besluiten meer uitdrukkelijk het belang van het mogelijk maken van mededinging dan wel de beperking van de mededingingsruimte in het licht van het beginsel van gelijke kansen moeten worden meegewogen. De jurisprudentie laat daarvoor de ruimte, maar gaat nauwelijks verder, zoals uit het voorafgaande bleek. Die rechterlijke terughoudendheid hoeft in zoverre niet te verwonderen dat een meer geïntegreerde benadering in eerste instantie vooral op de weg van de wetgever en het openbaar bestuur ligt. Bepaald niet uit te sluiten valt overigens dat Unierechtelijke ontwikkelingen, denk aan de gevolgen van de Dienstenrichtlijn, mede in die richting zullen dwingen.<sup>30</sup> Ik verwacht dat Willemien, binnen of buiten de Raad van State, daarover nog wel eens haar stem zal laten horen.

<sup>29</sup> Evenzo: de conclusie van de A-G voor Speelautomatenhal Vlaardingen (nr. 7.4). Zie ook Wieland 2017, p. 175-182 en zijn bijdrage 'Eerlijke concurrentie als onderdeel van de planologische afweging' aan deze bundel.

<sup>30</sup> Vgl. C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na *Vlaardingen* en *Appingedam*', SEW 2018/110, p. 288-301 en O. Kwast, 'Economie en omgevingsrecht: schaarse vergunningen voor natuurlijke schaarste', *TO* 2018, afl. 3, p. 140-148.